
L'indivisibilité des Droits de l'homme

Marie-Joëlle Redor-Fichot



Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/crdf/6682>

DOI : 10.4000/crdf.6682

ISSN : 2264-1246

Éditeur

Presses universitaires de Caen

Édition imprimée

Date de publication : 31 décembre 2009

Pagination : 75-86

ISBN : 978-2-84133-342-4

ISSN : 1634-8842

Référence électronique

Marie-Joëlle Redor-Fichot, « L'indivisibilité des Droits de l'homme », *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux* [En ligne], 7 | 2009, mis en ligne le 15 décembre 2020, consulté le 17 décembre 2020.

URL : <http://journals.openedition.org/crdf/6682> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/crdf.6682>

Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux

L'indivisibilité des Droits de l'homme

Marie-Joëlle REDOR-FICHOT

Professeure de droit public à l'Université de Caen Basse-Normandie
Centre de recherche sur les droits fondamentaux et les évolutions du droit (CRDFED)

I. L'indivisibilité des Droits de l'homme, condition de leur universalité effective

A. Des droits tous également nécessaires

B. Des droits interdépendants

II. La justiciabilité de tous les droits, conséquence nécessaire de leur indivisibilité

A. Une justiciabilité contestée

B. Une justiciabilité nécessaire et possible

« L'avènement d'un monde où les êtres humains seront libres de parler et de croire, libérés de la terreur et de la misère, a été proclamé comme la plus haute aspiration de l'homme. » Partant de cette considération énoncée dans son préambule, la DUDH proclame à la fois, et dans cet ordre, des droits civils, politiques, économiques, sociaux et culturels comme « idéal commun à atteindre par tous les peuples et toutes les nations ». La Déclaration universelle est ainsi le premier instrument international à affirmer clairement dans le même texte le nécessaire respect des droits économiques, sociaux et culturels et des droits civils et politiques. Mais les conditions d'élaboration de la Déclaration et les suites qui lui furent données montrent la fragilité d'une construction fondée sur le compromis. Comme le souligne René Cassin, les difficultés rencontrées par la Commission des Droits de l'homme pour insérer les droits économiques, sociaux et culturels à une place et dans des termes jugés acceptables par tous les participants ont débouché sur un compromis consistant « à marquer dans un texte-chapeau (*umbrella*) devenu l'article 22, les caractères communs à l'ensemble des droits économiques, sociaux et culturels énumérés

par la suite, et qui les distinguent de ceux précédemment énumérés, à savoir que leur satisfaction est en lien avec l'organisation, en dépendance des ressources de chaque pays et de la coopération internationale pouvant secondar et stimuler l'effort national »¹. Derrière l'unité apparente des Droits de l'homme, surgit donc une certaine hétérogénéité quant à leur possibilité de réalisation, hétérogénéité que les années suivantes semblent avoir confirmée. Premier pilier d'un triptyque, la Déclaration devait en effet être complétée par un Pacte des Droits de l'homme et par des mesures d'application. Or, ce sont finalement deux Pactes qui ont été élaborés après des années de tergiversations, l'un consacré aux droits civils et politiques, l'autre aux droits économiques, sociaux et culturels, chacun de ces Pactes étant assorti d'un mécanisme de contrôle différent et beaucoup moins contraignant s'agissant du second. Cette solution de la pluralité des Pactes pouvait d'ailleurs s'autoriser du précédent européen opposant, d'un côté, la Convention européenne des Droits de l'homme et, de l'autre, la Charte sociale européenne de Turin. Le système finalement mis en place tant au niveau international qu'au niveau européen tend

1. R. Cassin, « La Déclaration universelle et la mise en œuvre des Droits de l'homme », *RCADI*, t. 79, n° II, 1951, p. 241-367 (275).

ainsi davantage à opposer différentes catégories de droits qu'à en souligner l'unité et l'interdépendance pourtant solennellement proclamées et réclamées en 1950 à une forte majorité par l'Assemblée générale des Nations unies².

À l'origine des difficultés d'élaboration de la Déclaration et des Pactes, on trouve essentiellement des oppositions idéologiques aggravées ultérieurement par la guerre froide et mettant aux prises, d'un côté, les partisans d'une inscription de droits économiques qui imposeraient des devoirs très précis aux États et des restrictions aux droits civils et politiques, et, de l'autre, les délégations peu favorables à des droits dont la réalisation pourrait impliquer des transformations sociales profondes et des efforts financiers importants. Associée par certains à la dictature soviétique et desservie par elle, la promotion des droits économiques, sociaux et culturels est ainsi restée au second plan, faisant de ces droits les parents pauvres dans la grande famille des Droits de l'homme. Dès lors, il semble que les Nations unies ont échoué dans leur affirmation de l'indivisibilité des Droits de l'homme³, et que c'est la thèse de leur dichotomie qui l'a, au bout du compte, emporté. Soutenue par les libéraux, la thèse de la dichotomie consiste en effet à opposer radicalement différentes catégories de droits tant par leur nature que par leur régime juridique : les droits économiques et sociaux seraient, contrairement aux droits civils, des droits à prestation non directement justiciables ; il s'agirait de droits secondaires comme en attesterait d'ailleurs la chronologie de la proclamation des droits. Activement relayée par la Cour européenne des Droits de l'homme, la thèse de l'indivisibilité insiste au contraire sur l'interdépendance de tous les droits et milite pour leur commune justiciabilité. L'indivisibilité des droits est en effet une condition de l'effectivité des Droits de l'homme, et partant, de leur universalité (I). Et cette indivisibilité doit se traduire par l'unité de régime juridique, c'est-à-dire notamment par la justiciabilité de tous les droits (II).

I. L'indivisibilité des Droits de l'homme, condition de leur universalité effective

Dans son préambule, la Déclaration universelle des Droits de l'homme insiste sur le nécessaire « respect universel et effectif des Droits de l'homme et des libertés fondamentales » et considère « qu'une conception commune de ces droits et libertés est de la plus haute importance pour remplir pleinement cet engagement ». C'est précisément sur ce point qu'ont sans doute achoppé la Déclaration et les rédacteurs des Pactes, confrontés à

l'opposition des conceptions libérales et socialistes quant aux droits, mais aussi quant à l'homme qui doit en bénéficier, et surtout quant à l'organisation politique et sociale impliquée par ces proclamations. Lorsque la Déclaration universelle est élaborée, la question des droits économiques et sociaux est en effet une question récurrente et politiquement très connotée. Les revendications en faveur de leur inscription dans les Constitutions et les textes internationaux sont fort anciennes et émanent des mouvements démocrates puis socialistes et marxistes, revendications reprises à son compte par l'URSS au sein de la Commission des Droits de l'homme. Au-delà des nécessités stratégiques impliquant d'associer tous les États dans la rédaction d'une Déclaration qui se veut universelle, les membres du Comité de rédaction ont tenté de transcender des conceptions opposées, mais le résultat semble davantage consister en une juxtaposition de droits que dans l'affirmation de leur interdépendance. Pourtant, l'indivisibilité des droits est une condition de leur effective universalité non seulement parce que la prise en compte des droits économiques, sociaux, culturels, voire environnementaux est aussi nécessaire que celle des droits civils et politiques à la liberté de tous les individus, mais aussi parce que tous les droits ont une dimension économique, sociale, culturelle impliquant des devoirs pour les États et les individus, et qui seuls en permettent l'effectivité. En d'autres termes, l'universalité effective des droits impose de prendre en considération la situation concrète des individus et met en évidence l'interdépendance de tous les droits qu'ils soient civils, politiques, économiques, sociaux, culturels ou environnementaux.

A. Des droits tous également nécessaires

Fondé sur la conception libérale d'un individu abstrait titulaire en tant que tel de droits naturels, l'universalisme de 1789 bénéficiait certes potentiellement à tous, mais il ne concernait que les droits civils et politiques nécessaires au haut tiers état dans sa conquête du pouvoir contre l'absolutisme monarchique et le système des privilèges. L'individu abstrait de 1789, l'être générique de la Déclaration des droits n'est en réalité qu'un individu bien particulier appartenant au haut tiers état et n'énonçant que les droits qui lui manquent. Or, cet individu est à l'abri du besoin, son souci principal est de garantir sa liberté contre l'État et de s'émanciper des contraintes que font peser sur lui les corporations. Les autres droits ne le concernent guère. Les membres du bas tiers état (paysans, domestiques...) ont, quant à eux, non seulement besoin des libertés « classiques » (liberté d'agir sans que

2. Résolution 421 du 4 décembre 1950 citée dans *ibid.*, p. 302 : « Considérant que la Déclaration universelle envisage l'homme comme une personne à laquelle appartiennent indubitablement des libertés civiles et politiques, ainsi que des droits économiques, sociaux et culturels ; Considérant que la jouissance des libertés civiles et politiques et celle des droits économiques, sociaux et culturels sont liées entre elles et se conditionnent mutuellement ; Considérant que l'homme privé des droits économiques, sociaux et culturels ne représente pas cette personne humaine que la Déclaration universelle envisage comme l'idéal de l'homme libre. »

3. Affirmation réitérée par la Déclaration de Vienne du 25 juin 1993 (« tous les Droits de l'homme sont universels, indissociables, interdépendants et intimement liés »).

l'État intervienne pour les en empêcher arbitrairement), mais aussi du droit au travail, à la santé, à l'instruction... Les droits de 1789 sont finalement eux aussi les droits d'un homme situé, d'individus bien concrets, mais seulement de ceux-là érigés en individu générique. À cette conception s'oppose celle des socialistes et des marxistes qui veulent proclamer les droits d'un homme situé dans la société, l'espace et le temps, ce qui les conduit à dénoncer les limites des droits civils et politiques et à réclamer la reconnaissance de droits économiques et sociaux pour tenir compte des besoins des plus pauvres. Entre l'homme générique et l'homme situé, entre l'individu abstrait et les individus concrets, il semble donc y avoir l'espace des droits économiques et sociaux qui permettent de prendre en considération la situation effective des bénéficiaires des Droits de l'homme. Pour rendre compte des droits civils et politiques d'une part, des droits économiques et sociaux de l'autre, il est ainsi fréquent d'opposer deux conceptions de l'homme : celle de 1789 qui repose sur l'idée d'un homme générique, d'un individu abstrait ; celle de 1946 qui se fonde sur la prise en compte d'individus concrets, situés⁴. Il y aurait donc une différence radicale de fondement de chacune de ces catégories de droits. Mais plutôt qu'une opposition de fondement, il s'agit en réalité davantage d'un conflit d'intérêts entre individus selon leur place dans la société. Le droit au logement est vécu comme une menace par le propriétaire ; le droit de grève inquiète l'entrepreneur... Derrière l'opposition entre droits civils et politiques, droits économiques, sociaux et culturels, c'est l'opposition des statuts sociaux qui apparaît, reflétant les différences entre individus dans une société de classes. Certes, tous ont en principe les mêmes besoins, mais selon leur situation sociale, certains ont davantage besoin que d'autres que soient proclamés des droits économiques et sociaux, et notamment des droits créances.

Pour transcender les conflits à l'œuvre entre conceptions et entre États, la Déclaration universelle fonde l'indivisibilité des droits sur la dignité et l'unité de l'homme : selon la résolution 421 de l'Assemblée générale des Nations unies, « la Déclaration universelle des Droits de l'homme envisage l'homme comme une personne à laquelle appartiennent indubitablement des libertés civiles et politiques, ainsi que des droits économiques, sociaux et culturels »⁵. Tous ces droits sont également nécessaires à la dignité de chaque être humain car chaque être humain a des besoins matériels, physiques, spirituels, politiques, sociaux et culturels. Ils ont tous le même fondement, ils sont en outre tous nécessaires, indispensables pour que chacun puisse bénéficier effectivement de tous les droits. Cette conception repose donc sur une vision générique de l'être humain, sur un concept abstrait de la personne humaine, différent cependant de celui qui fonde l'univer-

salisme de la Déclaration de 1789 puisqu'il s'agit cette fois de prendre en compte tous les besoins de l'être humain. La thèse de l'indivisibilité des Droits de l'homme postule ainsi l'unité de l'homme et des hommes, l'absence de conflit et l'identité des besoins. En ce sens, elle est un idéal dont on ne s'étonne guère qu'il ait du mal à se concrétiser dans une société marchande où domine le conflit des intérêts. Les partisans de la dichotomie des Droits de l'homme se font précisément l'écho de ces conflits lorsqu'ils opposent droits civils et politiques d'une part, droits économiques, sociaux et culturels d'autre part, de manière à minorer l'importance des seconds. Derrière la prétendue différence de nature entre droits soulignée par les libéraux se profilent en réalité des différences d'intérêts entre titulaires des droits.

Comme le rappelle René Cassin, l'un des arguments de la dichotomie des droits défendue par les délégations britannique et américaine au moment de l'élaboration des Pactes réside dans une prétendue hiérarchie entre les droits, alors qu'au contraire, « il n'y a pas de libertés fondamentales de 1^{re} classe et de droits fondamentaux de 2^e classe. Aucune hiérarchie n'a été établie par la Déclaration universelle ou ne peut s'induire d'elle. La personnalité de l'homme forme un tout et, pareillement, les droits qui doivent permettre l'épanouissement de cette personnalité forment aussi un tout indivisible »⁶. Les partisans de la dichotomie des droits fondent souvent cette hiérarchie sur la chronologie de leur proclamation laissant ainsi entendre que les droits les plus importants ont été logiquement proclamés les premiers. Or, les premières déclarations concernent les droits civils et politiques, les libertés de l'individu contre le pouvoir politique, ce qui attesterait de leur prééminence sur les droits économiques et sociaux. On trouve un écho de cette conception dans la classification répandue des Droits de l'homme par générations de droits. Cette présentation occulte cependant deux points essentiels qui ruinent l'argumentation de la hiérarchie des droits. Elle oublie d'abord l'ancienneté des revendications pour la reconnaissance de droits économiques et sociaux dont on trouve trace en Angleterre dès le XVII^e siècle lorsque diggers et niveleurs contestent Cromwell⁷, puis en France avec les cahiers de doléances et pendant toute la durée de la Révolution⁸. La Constitution de 1793 inscrit d'ailleurs dans sa Déclaration des droits le droit à l'instruction et l'obligation d'assistance aux pauvres ; celle de 1848 également. Au plan international, les droits sociaux ont été proclamés dès 1919 avec la première charte de l'OIT. La thèse de la dichotomie oublie ensuite que les textes proclamant des droits sont généralement rédigés par ceux qui ont conquis le pouvoir et qu'à ce titre, il s'agit de justifier et de légitimer cette conquête. Les droits civils et politiques

4. « Les droits relevant de la recherche d'une plus grande égalité sociale sont d'une autre nature, ils protègent l'homme situé, selon l'expression de Georges Burdeau et non la personne humaine » (B. Mathieu et M. Verpeaux, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, Paris, LGDJ, 2002, p. 522).

5. Résolution 421 de l'Assemblée générale des Nations unies du 4 décembre 1950, citée par R. Cassin, « La Déclaration universelle... », p. 302.

6. *Ibid.*

7. Sur cette question, voir O. Lutaud, *Les Niveleurs, Cromwell et la République*, Paris, Julliard, 1967.

8. Ce fut le cas notamment des babouvistes.

sont proclamés les premiers parce que ce sont les droits que réclamait le haut tiers état, mais, à la même époque, les droits économiques et sociaux, l'égalité des hommes et des femmes sont revendiqués comme des droits tout aussi importants ; ils ne figurent pas dans les premières déclarations car ceux qui les réclament n'ont pas conquis le pouvoir. Contrairement à ce que prétend la thèse de la dichotomie des Droits de l'homme, les droits civils ne sont donc pas apparus en premier parce que ce seraient les droits les plus importants, les seuls vrais droits en quelque sorte⁹, alors que les droits sociaux seraient « par nature contingents »¹⁰. L'homme n'a pas moins besoin de se loger, se nourrir, protéger sa santé que de s'exprimer, se déplacer ou participer à l'élaboration de la loi. En outre, la chronologie n'engendre par elle-même aucune hiérarchie ni dans un sens ni dans un autre : l'apparition récente des droits environnementaux ne signifie pas leur moindre importance, elle correspond simplement à l'émergence de nouveaux dangers à l'encontre desquels il est indispensable de se prémunir¹¹ ; inversement, les droits de la « première génération » ne constituent pas la préhistoire des Droits de l'homme¹².

Guidés par le souci de rédiger une déclaration acceptable par tous et de proclamer des droits universels susceptibles d'être revendiqués par tout individu dans le monde, les rédacteurs de la Déclaration de 1948 ont donc reconstruit un être générique et insisté sur la complémentarité des droits. L'universalisme des Droits de l'homme suppose en effet de prendre en considération l'être humain dans sa totalité et d'admettre que les droits sociaux ne sont ni plus ni moins nécessaires que les droits civils. Il ne s'agit pas d'ajouter de « nouveaux » droits, mais de reconnaître que tous ces droits sont partout également nécessaires. Complémentaires, les Droits de l'homme sont aussi interdépendants dès lors que l'on s'attache à leur effectivité. Cela signifie implicitement que le respect effectif des droits économiques, sociaux et culturels ne peut s'accommoder d'une dictature politique, de même que le respect effectif des droits civils et politiques ne peut s'accommoder d'une dictature économique. Telle qu'elle s'est développée depuis 1948, la thèse de l'indivisibilité a mis ainsi en évidence l'interdépendance de tous ces droits.

B. Des droits interdépendants

La thèse de l'indivisibilité des Droits de l'homme trouve sa source dans le souci de l'effective universalité des droits. L'universalité des Droits de l'homme dépend en effet de leur effectivité, et l'effectivité des droits civils et politiques est liée à la prise en considération des conditions économiques et sociales dans lesquelles ces droits sont appelés à s'exercer. Inversement, l'effectivité du droit au travail ou du droit à la santé est liée à la reconnaissance de droits civils, politiques ou environnementaux : comment exercer le droit de grève sans liberté d'expression ? Comment protéger la santé de l'individu sans respect de l'intégrité physique et psychique de la personne, sans prise en compte de l'environnement dans lequel il se situe ? C'est précisément à partir de l'idée d'effectivité des droits garantis par la Convention européenne des Droits de l'homme que la Cour européenne a consacré la dimension économique et sociale des droits civils et politiques dès la fin des années 1970. La Cour énonce ainsi, dans l'arrêt *Airey contre Irlande*¹³, la nécessité de prendre en compte la situation économique de la requérante pour apprécier l'effectivité de son droit au recours. « Nulle cloison étanche ne sépare la sphère des droits économiques et sociaux du domaine de la Convention »¹⁴ nous dit la Cour dans cet arrêt après avoir noté que « la Convention a pour but de protéger des droits non pas théoriques ou illusoire, mais concrets et effectifs »¹⁵. Tout droit a donc une dimension économique et sociale dès lors que l'on s'intéresse à ses conditions concrètes d'exercice, seules susceptibles de leur donner de l'effectivité et du même coup d'en assurer l'effective universalité. L'interdépendance des droits devient dès lors un principe d'interprétation de l'ensemble des Droits de l'homme comme le souligne M.-C. Ponthoreau¹⁶, ce dont le droit constitutionnel français fournit un bon exemple du fait de la nécessaire conciliation de la Déclaration de 1789 et des droits économiques et sociaux de 1946 mentionnés dans le préambule. S'inspirant de la jurisprudence européenne¹⁷, le Conseil constitutionnel a ainsi estimé que la liberté de communication inclut le droit à l'information du public, ce qui permet au législateur de restreindre la liberté d'entreprise de manière à assurer le pluralisme des

9. Certains de ces droits économiques vont d'ailleurs figurer dans la Déclaration des droits de 1789, ceux dont le haut tiers état a besoin pour se libérer des corporations et des privilèges : le droit de propriété, la liberté d'entreprendre à travers la proclamation de la liberté individuelle. Ces droits qui appartiennent à tout homme ne sont pas destinés alors à profiter effectivement à tous. Il en va de même des Chartes anglaises dans lesquelles les féodaux ont inséré des revendications économiques telles que la suppression de taxes.

10. B. Mathieu et M. Verpeaux, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, p. 520.

11. On peut noter cependant que l'apparition des droits dits de solidarité a fait renaître la querelle de la dichotomie et de l'indivisibilité sous un angle nouveau puisqu'il s'agit cette fois d'opposer cette « troisième génération » de droits aux précédentes par des différences de nature entre les droits et par des différences de titulaires potentiels. Les droits de solidarité seraient ainsi les premiers à impliquer des devoirs que l'humanité imposerait à l'individu, transformant les Droits de l'homme en droits de l'humanité ou des peuples et menaçant ainsi ceux des individus.

12. Sur ce point, et pour une critique de la présentation des droits par générations, voir F. Sudre, *Droit européen et international des Droits de l'homme*, 7^e édition, Paris, PUF, 2005, notamment p. 101.

13. CEDH, *Airey c. Irlande*, 9 octobre 1979, série A, n° 32, in *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'homme*, 4^e édition, F. Sudre et al. (dir.), Paris, PUF, 2007, p. 18 sq.

14. CEDH, *Airey c. Irlande*, 9 octobre 1979, *ibid.*, considérant 26.

15. *Ibid.*, considérant 24.

16. M.-C. Ponthoreau, « Le principe de l'indivisibilité des droits », *RFDA*, 2003, p. 928-936.

17. CEDH, *Handyside c. Royaume-Uni*, 7 décembre 1976, série A, n° 24 et *Sunday Times c. Royaume-Uni*, 26 avril 1979, série A, n° 30.

moyens d'information¹⁸. Il s'agissait ainsi pour le Conseil de prendre en considération les conditions économiques d'exercice de la liberté de communication pour rendre cette dernière effective.

La prise en compte de la dimension économique et sociale des droits civils et politiques implique des obligations d'agir pesant sur les pouvoirs publics. La Cour européenne des Droits de l'homme a ainsi développé une jurisprudence très active sur les obligations positives imposées aux États pour le respect effectif des droits reconnus par la Convention, jurisprudence nécessairement relayée au niveau interne, ruinant par là même l'un des arguments des partisans de la dichotomie des droits. Selon ces derniers, en effet, il y aurait une opposition entre les droits civils qui, interdisant à l'État d'intervenir dans la sphère privée de l'individu, se réalisent par l'abstention des pouvoirs publics, et droits économiques et sociaux qui impliquent au contraire l'intervention des pouvoirs publics pour leur réalisation. Il y aurait donc une différence radicale de nature entre les libertés, facultés d'agir de l'individu que ce dernier oppose à l'État, et les droits économiques et sociaux, créances que l'individu détiendrait sur les pouvoirs publics. On retrouve ici le thème cher à la philosophie libérale selon laquelle, pour protéger l'individu de l'oppression des gouvernants, il faut empêcher les empiètements de la sphère publique sur la sphère privée et considérer que la liberté n'est sauvegardée que par l'abstention de l'État. Critiquée de longue date pour le caractère abstrait et formel des libertés qu'elle énonce, cette conception est aujourd'hui clairement dépassée, malgré les tentatives récurrentes pour la réactiver. La théorie selon laquelle il y aurait une différence de nature entre droits civils et politiques d'un côté, droits économiques, sociaux et culturels de l'autre est fautive à plusieurs points de vue. La réalisation des droits civils, et plus encore celle des droits politiques, a en effet toujours imposé une intervention de l'État, ne serait-ce que par la pénalisation des atteintes à ces droits par les tiers, ce qui implique non seulement des obligations d'agir pesant sur les pouvoirs publics, mais aussi des effets horizontaux des droits proclamés. Tout droit comporte donc une dimension positive et non simplement défensive. Cette dimension positive prend un relief d'autant plus important que l'on s'attache à l'effectivité des droits proclamés : le législateur sera ainsi conduit à mettre en place un système d'aide juridictionnelle pour rendre effectif le droit au juge, à réglementer les concentrations d'entreprises pour assurer la pluralité des sources d'information. Inversement, les droits économiques et sociaux comportent eux aussi une dimension négative : le droit à la santé passe par la non-ingérence des tiers et le respect de la liberté personnelle de l'individu, les droits

culturels supposent la reconnaissance des langues et cultures minoritaires. On ne peut pas davantage opposer comme le fait Jean Mouly les droits sociaux aux Droits de l'homme classiques par une différence culturelle entre droits conquis d'un côté et droits innés, consubstantiels à la nature humaine de l'autre¹⁹. Tous les droits sont en effet issus d'une conquête sur le pouvoir qu'il soit politique, économique ou social. Il reste cependant que tout droit dont la satisfaction passe par l'intervention active et surtout financière des pouvoirs publics sera plus difficile à réaliser que les droits qui peuvent se contenter, au moins pour certains de leurs titulaires, de l'abstention du pouvoir. Dans le premier cas, il existe un risque de remise en question des structures sociales et de la répartition des richesses ; dans le second, le *statu quo* n'est pas un obstacle.

S'il existe aujourd'hui un nombre croissant d'auteurs pour admettre l'interdépendance des droits, et récuser l'idée d'une différence de nature et de fondement entre eux, la thèse de la dichotomie des droits semble néanmoins renaître à l'occasion de l'émergence des droits dits de solidarité. Une partie de la doctrine tend en effet à souligner la radicale nouveauté de leur proclamation en ce qu'elle vise à consacrer des droits des peuples (à la paix, au développement, à la libre disposition) ou de l'humanité (droit à l'environnement, au respect du patrimoine commun) plutôt que des Droits de l'homme. Selon Frédéric Sudre, « les pseudo-droits de solidarité n'ont ni sujet, ni objet, ni débiteur : ce sont des vœux [...] mais non des droits [...] ». Qualifier de « droit de l'homme » le droit à la paix, le droit au respect du patrimoine commun de l'humanité ou le droit au développement, c'est parler la « langue de bois » des Droits de l'homme : il n'y a ni homme, ni titulaire du droit²⁰. Issus pour la plupart de la lutte anticoloniale, ces nouveaux droits paraissent donc s'opposer aussi bien aux droits civils et politiques qu'aux droits économiques, sociaux et culturels en ce qu'ils appartiennent à la collectivité plutôt qu'à l'individu. Bertrand Mathieu voit ainsi dans la Charte de l'environnement « une nouvelle conception des droits fondamentaux » en ce qu'elle renvoie à « des considérations scientifiques sur le lien entre l'humanité et son environnement »²¹. La question du titulaire des droits était déjà l'un des arguments de la thèse de la dichotomie des droits s'agissant des droits économiques et sociaux supposés appartenir à l'homme situé plutôt qu'à l'individu abstraitement défini. Elle resurgit ici sous une autre forme sans totalement convaincre puisqu'à travers l'humanité ou le peuple, ce sont bien les individus qui sont aussi visés. Au-delà de l'interdépendance des droits, c'est l'interdépendance des hommes qui est en cause dans les droits de solidarité, interdépendance qui se trouve déjà implicitement postulée par la reconnaissance des droits sociaux et

18. Conseil constitutionnel, décision n° 84-181 DC du 11 octobre 1984, *Rec.*, p. 78.

19. « Il existe pourtant une différence "culturelle" entre les droits sociaux et les Droits de l'homme classiques. Ces derniers ne sont pas des droits acquis, mais innés, en quelque sorte consubstantiels à la nature humaine. Les droits sociaux sont au contraire des droits conquis, historiquement marqués dans le temps, et issus de la lutte sociale, ce qui leur confère des caractéristiques propres. » J. Mouly, « Les droits sociaux à l'épreuve des Droits de l'homme », *Droit social*, n° 9-10, 2002, p. 800-805 (805).

20. F. Sudre, *Droit européen et international des Droits de l'homme*, p. 107.

21. B. Mathieu, « La Constitution et l'environnement », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 15, 2003, p. 145-152 (146).

par la thèse de l'indivisibilité des droits. Affirmer par exemple que « toute personne, en tant que membre de la société, [...] est fondée à obtenir la satisfaction des droits économiques, sociaux et culturels indispensables à sa dignité et au libre développement de sa personnalité, grâce à l'effort national et à la coopération internationale »²² implique un appel à la solidarité nationale et internationale pour la réalisation de ces droits. Il en va de même lorsque la prise en compte de la dimension économique du droit au juge conduit à mettre en place un système d'aide financé par l'impôt. La thèse de la dichotomie nie au contraire cette solidarité nécessaire entre les hommes pour ne retenir que les droits d'individus atomisés dépourvus de besoins matériels. Plus généralement, la conciliation des droits des uns et des autres impose la solidarité de tous. Des droits sociaux aux droits dits de solidarité, il n'y a qu'un changement d'échelle dans la solidarité : solidarité entre les peuples, solidarité entre les générations et non plus seulement solidarité entre individus d'une même nation, changement d'échelle qui est en phase avec l'interdépendance croissante des États et des hommes au niveau mondial. Ici encore, la prise en compte de l'effectivité des droits impose de reconnaître cette interdépendance : l'effectivité du droit au travail en Europe est liée au respect des droits sociaux dans les pays émergents ; l'effectivité du droit à l'environnement des générations futures est liée au respect de ce droit aujourd'hui par et pour les générations actuelles ; la précarité des droits civils des étrangers est liée à l'ineffectivité de leurs droits économiques et sociaux dans les pays dont ils sont ressortissants. Cette idée de solidarité n'est cependant destinée qu'à rester un vœu pieux dans un univers marqué par la concurrence et le conflit des intérêts. Pour qu'elle se réalise, encore faudrait-il une volonté politique effective de la mettre en œuvre, sans quoi l'indivisibilité des droits n'est qu'une vaine incantation.

Un autre point d'opposition entre les droits de solidarité et les autres Droits de l'homme concerne la question des devoirs que les premiers seraient seuls à comporter. La Charte constitutionnelle de l'environnement énonce ainsi autant, voire plus de devoirs pesant sur l'individu que de droits qui lui sont reconnus : devoir de préservation, amélioration, prévention, réparation des dommages causés à l'environnement. Là encore, il semble nécessaire de relativiser cette opposition radicale dans la mesure où tout droit comporte en miroir un devoir. Lorsque la Déclaration de 1789 énonce dans son article 4 que « la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui », elle impose implicitement un devoir à chacun : celui de respecter la liberté des autres²³ ; ces devoirs sont même explicitement mentionnés dans le préambule de la Déclaration dont les auteurs indiquent avoir « résolu d'exposer, dans une déclaration solennelle, les droits naturels, inaliénables et sacrés de l'homme, afin que cette déclaration, constamment présente à tous les

membres du corps social, leur rappelle sans cesse leurs droits et leurs devoirs ». Les seuls droits absolus ne sont en outre énoncés que sous la forme de devoirs : interdiction de la torture, interdiction de l'esclavage. L'apparition des devoirs dans le registre des Droits de l'homme n'est donc pas chose nouvelle ; l'effectivité des droits étant conditionnée par l'existence de devoirs correspondants. Comme le souligne l'article 29 de la Déclaration universelle, « l'individu a des devoirs envers la communauté dans laquelle seul le libre et plein développement de sa personnalité est possible ». Ces devoirs naissent de la vie en société. Dans le cas des droits dits de solidarité, l'affirmation des devoirs revêt une dimension particulière parce que l'interdépendance des hommes s'est accrue dans l'espace et dans le temps : les devoirs ne conditionnent pas simplement les droits des autres individus, mais aussi ceux des autres peuples et des générations futures²⁴ ; le changement d'échelle constaté pour les droits est également sensible s'agissant des devoirs.

La prise en compte de l'effectivité des droits montre que tous les droits sont fondamentalement de même nature, qu'ils sont à la fois complémentaires et interdépendants. À cette indivisibilité des Droits de l'homme devrait logiquement correspondre l'unité de régime juridique, et notamment celle de leur justiciabilité également nécessaire à l'effectivité des droits proclamés. Mais le droit positif ne semble pas aller en ce sens, alimentant ainsi la thèse de la dichotomie des droits.

II. La justiciabilité de tous les droits, conséquence nécessaire de leur indivisibilité

La possibilité d'obtenir le respect d'un droit devant un juge est une condition d'effectivité de ce droit, voire de son existence en tant que droit. Pourtant, cette justiciabilité est régulièrement contestée aux droits sociaux, impliquant par là même une différence radicale de régime juridique et de protection des droits selon la catégorie à laquelle ils appartiennent, ce qui vient conforter la thèse d'une dichotomie des droits. Seuls les droits civils et politiques seraient ainsi susceptibles de réalisation immédiate et de protection en justice ; les droits économiques et sociaux ne pourraient, quant à eux, bénéficier de la même protection, ce ne seraient que des objectifs imposés, voire seulement proposés aux législateurs, insusceptibles de réalisation immédiate et de justiciabilité tant que ces derniers ne sont pas intervenus. On pourrait alors en conclure que les droits économiques, sociaux et culturels ne sont pas de véritables droits, ou ne sont que des droits de seconde zone. L'étude du droit positif semble dans un premier temps confirmer cette thèse, alors que la justiciabilité de tous les Droits de l'homme est à la fois nécessaire et possible.

22. DUDH, article 22.

23. C'est d'ailleurs ce que reconnaît B. Mathieu dans « La Constitution et l'environnement », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 15, 2003, p. 120.

24. Cf. A. Capitani, « La Charte de l'environnement, un leurre constitutionnel ? », *RFDC*, 2005, p. 493-516 (503).

A. Une justiciabilité contestée

Confondant nature et réalisation des droits, certains auteurs ne veulent voir dans les droits sociaux que des droits par nature contingents²⁵. Or, seul le degré de réalisation du droit est contingent comme le souligne l'article 22 de la Déclaration universelle : toute personne « est fondée à obtenir la satisfaction des droits économiques, sociaux et culturels *indispensables* à sa dignité et au libre développement de sa personnalité, grâce à l'effort national et à la coopération internationale, *compte tenu de l'organisation et des ressources de chaque pays* »²⁶. Le droit à l'éducation, le droit à un niveau de vie suffisant pour assurer sa santé, le droit à la sécurité en cas de chômage sont des droits indispensables à tous, en tout lieu, en tout temps, ce ne sont donc pas des droits contingents ; en revanche, leur degré de réalisation dépend des moyens dont dispose la communauté pour les satisfaire, ce qui ne signifie pas que cette satisfaction soit impossible. La réalisation des droits civils et politiques est, elle aussi, contingente : elle dépend de l'importance des limitations qui sont apportées à ces droits au nom de la conciliation avec d'autres droits et surtout au nom de l'ordre public dont chacun sait que les exigences sont contingentes, leur effectivité dépend également de conditions techniques et technologiques elles aussi fluctuantes. La théorie de la marge nationale d'appréciation atteste de cette diversité quant à la réalisation de ces droits et libertés. Seuls les droits absolus échappent, en théorie au moins, à cette contingence²⁷.

C'est pourtant sur cette contingence des droits sociaux que se fonde généralement la doctrine pour justifier la moindre justiciabilité de ces droits, ce que semble confirmer le droit positif par la moindre protection qu'il organise des droits économiques et sociaux tant au niveau des conventions internationales qu'au niveau des États.

Les textes internationaux et européens mettent ainsi en place des mécanismes de protection très différenciés selon qu'ils proclament des droits civils et politiques ou des droits économiques et sociaux. Au niveau international, les deux Pactes de 1966 diffèrent quant à la rédaction des articles concernant les engagements des États et quant aux procédures de contrôle du respect de ces engagements. Alors que l'article 2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP) dispose que les États « s'engagent à respecter et à garantir à tous les individus se trouvant sur leur territoire et relevant de leur compétence des droits reconnus dans le présent Pacte, sans distinction aucune... », l'article 2 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC) prévoit, dans une formule très alambiquée, que chacun des États « s'engage à agir, tant par son effort

propre que par l'assistance et la coopération internationales, notamment sur les plans économique et technique, au maximum de ses ressources disponibles, en vue d'assurer progressivement le plein exercice des droits reconnus dans le présent Pacte par tous les moyens appropriés... ». Le libellé de chaque article conforte cette impression que les engagements des États ne sont pas du même ordre dans les deux Pactes : alors que dans le PIDCP « tout individu a droit à... », dans le PIDESC, « les États parties reconnaissent le droit qu'à toute personne de... ». Surtout, le système de contrôle des engagements est nettement différencié puisque le PIDESC se contente initialement de rapports adressés par les États au secrétaire général de l'ONU « sur les mesures qu'ils auront adoptées et les progrès accomplis en vue d'assurer le respect des droits reconnus » (art. 16), alors que le PIDCP met d'emblée en place un système plus convaincant en instituant un comité indépendant chargé d'examiner les rapports des États et susceptible de recevoir des plaintes.

On retrouve cette hétéronomie de manière encore plus nette au niveau européen puisque le Conseil de l'Europe a su imposer dès 1950 une protection juridictionnelle de droits civils et politiques proclamés comme droits de l'individu par la Convention européenne des Droits de l'homme, alors qu'il a fallu attendre 1961 pour que soit rédigée la Charte sociale européenne formulant d'une part de simples objectifs, d'autre part des engagements à la carte pour les États parties, assortis simplement d'un contrôle sur rapports.

Au plan interne, on peut généralement faire le même constat d'une différence de traitement des droits civils et politiques et des droits économiques et sociaux dans le droit positif, mais aussi dans l'intérêt que leur porte la doctrine qui les étudie, comme l'a fort pertinemment relevé Julia Iliopoulos-Strangas²⁸. En France, la Constitution proclame dans son préambule l'attachement du peuple français « aux Droits de l'homme [...] tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946, ainsi qu'aux droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement de 2004 », et le Conseil constitutionnel a reconnu la valeur constitutionnelle de tous ces droits sans distinction. Mais une grande partie de la doctrine insiste sur la distinction entre valeur constitutionnelle et portée des droits pour souligner la moindre portée des droits économiques et sociaux, simples objectifs constitutionnels selon B. Mathieu et M. Verpeaux : « les droits sociaux dits de créance ne sont pas pour l'essentiel soumis au régime juridique des droits et libertés classiques. Ce ne sont pas des droits subjectifs, mais des objectifs dont la prise en compte s'impose à l'État et qui jouent en quelque sorte un rôle correcteur au regard des principes

25. B. Mathieu et M. Verpeaux, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, p. 520.

26. Souligné par nous.

27. On peut néanmoins remarquer que l'interdiction de la torture par exemple dépend de la définition que l'on donne de la torture, définition qui peut varier dans le temps si l'on en croit le Pentagone ; de même (mais en sens inverse) que celle des traitements inhumains varie dans la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'homme.

28. J. Iliopoulos-Strangas (dir.), avant-propos, *La protection des droits sociaux fondamentaux dans les États membres de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. IX.

d'essence libérale. Il s'agit, pour l'essentiel, de principes directeurs qui doivent guider le législateur²⁹. » La discussion sur la portée des droits sociaux, et notamment sur leur justiciabilité devant le juge ordinaire, continue à opposer les auteurs depuis leur proclamation constitutionnelle en 1946. Elle a repris une certaine vigueur avec la constitutionnalisation du droit à l'environnement considéré par certains comme un simple objectif constitutionnel qui ne serait pas, en tant que tel, susceptible d'être invoqué en justice par les particuliers. L'argument essentiel de cette différence de justiciabilité réside dans le caractère essentiellement programmatique de leur proclamation, le constituant se bornant à indiquer une direction au législateur mais le laissant libre des moyens et des formes à donner à ce programme. Il en résulterait que ces droits, trop vagues, ne pourraient être invoqués devant le juge condamné à attendre que le législateur en précise exactement la portée, et à n'en appliquer que la version législative. La valeur constitutionnelle de ces droits serait donc pour l'essentiel de portée symbolique.

La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne vient partiellement conforter cette analyse en distinguant droits et principes quant à leur portée : alors que les droits peuvent être directement invoqués en justice, les principes ne sont pas justiciables sauf à l'encontre des normes supposées les mettre en œuvre³⁰. Or la répartition droits / principes correspond globalement à la distinction droits « classiques » / droits économiques, sociaux, culturels et environnementaux. On peut certes se féliciter avec Marie-Claire Ponthoreau de ce que la Charte affiche dans un même texte les différents droits sans reprendre la catégorisation par générations³¹, mais on ne peut pour autant en conclure que la Charte conforte la thèse de l'indivisibilité des droits, puisqu'elle les oppose au contraire par un régime juridique nettement différencié, bien au-delà de ce que retient la jurisprudence interne. Au regard de l'évolution du droit international et européen, on doit même estimer qu'il s'agit d'une régression quant à la portée des droits sociaux, et partant quant à l'indivisibilité des droits.

Une étude plus approfondie du droit positif permet en effet d'affirmer que la justiciabilité de tous les droits commence à être admise, confortant ainsi la thèse de l'indivisibilité.

B. Une justiciabilité nécessaire et possible

La justiciabilité des droits conditionne à l'évidence leur effectivité : à quoi bon proclamer un droit dont les

individus ne pourraient obtenir le respect par une action en justice en cas de non-respect par les pouvoirs publics ou par les tiers ? Une telle démarche pourrait facilement être qualifiée d'escroquerie intellectuelle, sauf à démontrer que la justiciabilité de certains droits est par nature impossible. Or, comme nous le verrons plus loin, tel n'est pas le cas. L'injusticiabilité des droits sociaux ne menace pas seulement l'effectivité de ces derniers, elle contribue également à priver les autres droits de cette effectivité pour le plus grand nombre : s'il est impossible aux plus démunis de faire concrètement valoir leur droit à l'instruction ou le droit à un niveau de vie suffisant, l'exercice des autres libertés risque de devenir pour eux purement formel. Certes, l'effectivité d'un droit ne passe pas exclusivement par la possibilité de l'invoquer en justice ; la justiciabilité en constitue néanmoins un élément essentiel sur le terrain du droit. De ce point de vue, l'évolution des conventions internationales et de la jurisprudence européenne manifeste la volonté de rapprocher le traitement des différents droits.

L'unité de régime juridique existe déjà sous certains aspects en droit international des Droits de l'homme puisque dans ce domaine, toutes les conventions tendent à bénéficier d'un régime spécifique concernant l'absence de réciprocité et l'appréciation de la validité des réserves. La question des mécanismes de contrôle du respect des engagements des États montre en revanche, on l'a vu, une hétérogénéité certaine qui fait des droits sociaux les parents pauvres de ces conventions. Néanmoins, un certain nombre de protocoles additionnels sont venus améliorer la situation en renforçant la qualité et l'indépendance des contrôles par voie de rapports³² et en mettant en place au niveau européen un système de réclamations collectives ouvert à certains syndicats³³. On peut ajouter qu'il existe dans le cadre des Nations unies un projet de protocole additionnel au PIDESC visant à instituer un mécanisme de plainte portée par les particuliers ou les groupes devant le Comité des droits économiques, sociaux et culturels³⁴. Il existe indéniablement un mouvement en faveur de l'alignement de la protection des droits sociaux sur celle des droits civils et politiques, alignement jugé nécessaire par ceux qui le promeuvent à l'effectivité des Droits de l'homme, mais qui se heurte à une très forte résistance de la part des États. L'effectivité des droits économiques, sociaux et culturels leur imposerait en effet des obligations d'agir jugées plus perturbatrices des déséquilibres existants que celles générées par les droits civils, et qui seraient en outre définies par des juges échappant au contrôle de chaque État partie.

29. B. Mathieu et M. Verpeaux, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, p. 428.

30. Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne modifiée en novembre 2007, article 52, point 5.

31. M.-C. Ponthoreau, « Le principe de l'indivisibilité des droits... », p. 929.

32. Voir, pour le PIDESC, la création du Comité des droits économiques, sociaux et culturels et le rapprochement avec le système de contrôle sur rapports mis en place par le PIDCP (cf. F. Sudre, *Droit européen et international des Droits de l'homme*, p. 665). Pour la Charte sociale européenne, voir le protocole du 21 octobre 1991 et la tentative de rapprocher le comité chargé d'examiner ces rapports de l'ancienne Commission européenne des Droits de l'homme, comme en atteste le nom de Comité européen des droits sociaux.

33. Voir le protocole du 9 novembre 1995 additionnel à la Charte sociale européenne qui permet à certaines organisations de saisir le Comité européen des droits sociaux d'une réclamation contre la violation de la Charte par une législation d'un État partie.

34. Voir F. Sudre, *Droit européen et international des Droits de l'homme*, p. 666.

Les juges européens ont cependant déjà commencé à exercer ce contrôle par des voies plus ou moins détournées mais relativement efficaces. Ainsi, la Cour européenne des Droits de l'homme, faisant produire un effet utile aux droits énoncés par la Convention, en étend la portée à certains droits économiques et sociaux, voire environnementaux qui bénéficient ainsi de la protection juridictionnelle accordée aux droits civils. On sait que la jurisprudence concernant l'article 8 de la Convention permet à la Cour de protéger partiellement l'environnement, même si le juge européen refuse parfois de faire primer le droit au respect de l'environnement sur les impératifs économiques des États et des grandes entreprises³⁵. De même, la Cour a-t-elle étendu la portée du droit au respect des biens couplé au principe de non-discrimination dans l'exercice des droits garantis par la Convention de telle manière que le droit à des allocations sociales non contributives entre désormais dans le champ de la Convention, bénéficiant par conséquent de la protection juridictionnelle³⁶. La Cour européenne intègre en outre dans son champ de référence les dispositions des conventions de l'OIT et celles de la Charte sociale européenne à la lumière desquelles elle interprète la Convention au point de leur donner parfois une portée inattendue³⁷. De son côté, la Cour de justice des Communautés européennes a élargi à plusieurs reprises les droits sociaux des individus à travers sa jurisprudence sur la libre circulation au sein de l'Union³⁸. Ainsi, en croisant les jurisprudences de ces deux Cours, on s'aperçoit que les droits économiques, sociaux, culturels et environnementaux bénéficient d'une protection juridictionnelle au niveau européen destinée à se répercuter au plan interne.

Devant les juges français, et particulièrement devant le juge administratif, la question de la justiciabilité des droits semble pouvoir alimenter la thèse de la dichotomie plutôt que celle de l'indivisibilité, comme en témoignent les débats récents sur le droit à l'environnement notamment. Certains auteurs mettant sur le même plan le droit à l'environnement, les droits économiques et sociaux et les droits créances qualifient tous ces droits d'objectifs

constitutionnels qui seraient comme tels insusceptibles de protection juridictionnelle directe devant les juges ordinaires³⁹. La jurisprudence administrative ne confirme cependant pas une telle approche. Le Conseil d'État admet, par exemple, la justiciabilité d'objectifs constitutionnels précis comme celui de l'accessibilité de la règle de droit⁴⁰; en outre et surtout, la question de l'invocabilité des normes fondant la justiciabilité des droits ne s'articule pas devant le juge administratif à partir de la distinction entre catégories de droits, mais de manière beaucoup plus complexe en fonction de multiples facteurs tels que la source de la norme, la catégorie de contentieux, le type d'acte contesté, la précision de la norme invoquée.

Ainsi, le raisonnement et les techniques du juge ne sont pas les mêmes selon que la norme invoquée trouve sa source dans une convention internationale ou dans le droit interne. S'agissant de normes issues du droit interne, et particulièrement du droit constitutionnel, le juge admet l'invocabilité des droits créances même formulés de manière vague dans le contentieux de l'annulation dirigé contre des actes réglementaires, c'est ce que Guy Braibant appelle la justiciabilité normative⁴¹ qui permet, par exemple, au juge d'examiner la légalité d'un règlement au regard de l'alinéa 11 du préambule de 1946 consacrant le droit à la santé⁴².

La justiciabilité des droits économiques, sociaux et culturels n'est en outre pas limitée à cette situation : les normes constitutionnelles qui les fondent sont en effet également invocables dans le contentieux de l'annulation d'actes individuels, et dans tout contentieux subjectif dès lors que la norme est jugée suffisamment précise par le tribunal saisi. À l'inverse, le juge administratif refuse d'examiner le moyen tiré de la violation de l'alinéa 11 (droit à la santé) ou de l'alinéa 5 (droit à l'emploi) lorsque ces normes sont invoquées directement contre un acte administratif individuel dont le requérant demande l'annulation parce qu'il estime que les principes posés par le préambule sont trop vagues : ce principe, dit le juge, « ne s'impose à l'autorité administrative, en l'absence de précision suffisante, que dans les conditions et limites définies dans les dispositions contenues dans les lois ou

35. Voir sur ce point l'arrêt *Hatton c. Royaume-Uni* rendu par la Grande Chambre le 8 juillet 2003, arrêt dont la portée semble pouvoir être relativisée par la jurisprudence ultérieure de la Cour, notamment l'arrêt *Giacomelli c. Italie* du 2 novembre 2006 mettant en place des obligations procédurales pesant sur les États en matière environnementale, et l'arrêt *Judith Hamer c. Belgique* du 27 novembre 2007 selon lequel « des impératifs économiques et même certains droits fondamentaux comme le droit de propriété ne devraient pas se voir accorder la primauté face à des considérations relatives à l'environnement » (§ 79 de l'arrêt).

36. CEDH, *Stec c. Royaume-Uni*, Grande Chambre, 12 avril 2006 ; *Koua Poirrez c. France*, 30 septembre 2003.

37. Voir CEDH, *Satilmis et autres c. Turquie*, 17 janvier 2007, arrêt dans lequel la Cour impose le respect du droit de grève des agents publics contractuels en s'appuyant notamment sur l'article 6 de la Charte sociale européenne alors que la Turquie n'avait pas souscrit à cet engagement.

38. Voir notamment CJCE, *Rudy Grzelczyk c. Centre public d'aide sociale d'Otignies-Louvain-La-Neuve*, aff. C-184/99, 20 septembre 2001, *Rec. I-6193*. Sur ces questions, voir J.-Y. Carlier, « Les enjeux de la citoyenneté européenne », in *La citoyenneté européenne*, S. Leclerc et J.-F. Akandji-Kombé (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 31-44.

39. Voir notamment B. Mathieu, « La portée de la Charte pour le juge constitutionnel », *AJDA*, 2005, p. 1170-1174 ; B. Mathieu et M. Verpeaux, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, particulièrement p. 425-431 ; L. Fonbaustier, note sur CE, 19 juin 2006, *Association eaux et rivières de Bretagne. Environnement*, décembre 2006, p. 10-13.

40. CE, ass., 24 mars 2006 société KPMG, *Rec.* 154 ; in *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 16^e édition, M. Long, P. Weil, P. Delvolvé et B. Genevois (dir.), Paris, Dalloz, 2007, n° 117.

41. G. Braibant, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Paris, Seuil (Points), 2001, notamment p. 46.

42. Voir notamment CE, 9 décembre 1996, *GISTI*, req. n° 163044 ; CE, 30 juin 2003, req. n° 246590 ; CE, 26 février 2007, req. n° 297084 pour le contentieux de l'annulation ; CE, 27 juillet 2005, *Antoine X*, req. n° 270833 pour le contentieux de l'appréciation de légalité ; CE, 14 décembre 2007, *Département de la Charente-Maritime* pour l'interprétation de la loi à la lumière de l'alinéa 11.

dans les conventions internationales »⁴³. On peut noter cependant des hésitations dans la jurisprudence sur cette question de la justiciabilité de droits considérés comme imprécis puisque la formule retenue par le juge pour refuser l'invocabilité des dispositions constitutionnelles qui les fondent n'est pas toujours la même et peut laisser penser dans certains arrêts que le Conseil d'État rejette l'invocabilité de ces principes vagues même contre des règlements⁴⁴. C'est ainsi qu'il a refusé en 1985 toute possibilité d'invoquer le droit d'asile consacré par le préambule de la Constitution de 1946 indépendamment de la Convention de Genève et de la loi supposées le mettre en œuvre⁴⁵, alors que quelques années plus tard, il acceptera de lui donner une plus grande effectivité dans le contentieux de l'annulation de l'éloignement et des refus de titre de séjour⁴⁶.

Quoi qu'il en soit, et contrairement à ce que préconisaient certains auteurs en 1950⁴⁷, le juge administratif n'opère donc pas une distinction entre droits civils et politiques d'une part, droits économiques et sociaux de l'autre, ni même entre droits classiques et droits créances pour admettre ou refuser la justiciabilité des droits invoqués devant lui. Le point central est celui de la précision de la norme invoquée dans un contentieux individuel. Certes, les droits créances sont souvent des droits formulés de manière relativement vague par le constituant et l'on peut comprendre que le juge hésite à leur donner une application concrète alors que le législateur n'a pas pris soin d'en préciser le contenu. Mais droits créances et normes vagues ne se recoupent pas totalement ; en outre, le juge n'a pas craint d'interpréter certaines dispositions très générales du préambule constitutionnel de manière suffisamment précise pour leur donner un effet immédiatement utile, comme ce fut le cas notamment de l'alinéa 10 sur la base duquel le Conseil d'État a consacré le principe général du droit à une vie familiale normale⁴⁸. Il n'a pas craint non plus d'admettre l'invocabilité directe du droit de grève sans attendre l'intervention du législateur à laquelle renvoyait pourtant le constituant⁴⁹. On peut donc s'interroger sur les raisons pour lesquelles le juge distingue entre contentieux de l'annulation de

règlements et contentieux de l'annulation d'actes individuels, pourquoi il admet de préciser lui-même certains droits et refuse de le faire pour d'autres, comme c'est le cas du droit à l'emploi et du droit à la santé, restreignant du même coup l'effectivité de ces derniers, puisque ces droits ne sont invocables au mieux que dans le cadre de recours portés contre des règlements. Est-ce parce que la mise en œuvre de ces droits est susceptible de générer des conséquences financières et sociales particulièrement importantes devant lesquelles le juge hésite et préfère laisser le soin au pouvoir politique de décider lui-même ? Le contentieux du référé liberté fondamentale illustre également le fait que le juge administratif ne consacre pas la thèse de la dichotomie des droits puisqu'il admet au titre des libertés fondamentales certains droits économiques et sociaux (le droit de grève notamment⁵⁰), et que le point sans doute crucial pour le juge est celui de la précision donnée par les textes à des normes dont l'application pourrait engendrer un bouleversement des rapports économiques et sociaux par les obligations qu'elles sont susceptibles d'imposer aux pouvoirs publics.

Circonsrite à la justiciabilité normative, l'effectivité des droits consacrés par des normes vagues (ou jugées comme telles par le tribunal) se trouve en outre limitée par la théorie de la loi écran qui interdit au juge ordinaire de se prononcer sur la conformité d'un acte à la Constitution lorsque ce dernier est pris en application d'une loi qui s'intercale ainsi entre l'acte et la Constitution. Si la théorie de la loi écran ne concerne pas spécifiquement le cas des droits économiques et sociaux et qu'elle a vocation à s'appliquer quel que soit le droit invoqué, il n'en reste pas moins que les droits sociaux sont concernés au premier chef car ce sont précisément ces droits que le juge estime appeler des précisions législatives. En revanche, l'écran législatif ayant disparu dans le cadre des relations entre loi et traité, l'invocabilité des normes conventionnelles apparaît à certains égards préférable à celle de droits fondés sur des normes de droit interne. C'est ainsi que le juge administratif a pu annuler comme contraire au droit à la santé des mineurs un règlement, fondé sur une loi jugée conforme à la Constitution par le

43. CE, 28 juillet 2004, *Préfet de police* : à propos d'un recours contre un arrêté de reconduite à la frontière contre lequel le requérant invoquait l'alinéa 11 du préambule de la Constitution de 1946 ; de même, voir CE, 28 décembre 2005, *Kébir A* pour un recours invoquant l'alinéa 10 du préambule contre un arrêté de reconduite à la frontière.

44. Ainsi, dans l'arrêt rendu par le Conseil d'État le 28 décembre 2005 *Préfet de la Haute-Savoie* à propos de l'invocation par le requérant du droit à l'emploi (alinéa 5 du préambule) contre un arrêté de reconduite à la frontière, la formule retenue par le juge pour rejeter le moyen comme inopérant laisse penser que le Conseil rejette ici toute invocabilité de la norme en cause : « le principe posé [...] ne s'impose au pouvoir réglementaire, en l'absence de précision suffisante, que dans les conditions et les limites définies par les dispositions contenues dans les lois ou dans les conventions internationales... » (souligné par nous). La présentation de la jurisprudence telle qu'elle ressort de la chronique de Landais et Lenica (*AJDA*, 2006) va dans le même sens, mais il faut remarquer que pratiquement tous les arrêts mentionnés pour illustrer l'invocabilité des droits créances ne concernent en réalité que des recours dirigés contre des actes individuels.

45. CE, 27 septembre 1985, *France terre d'asile*.

46. CE, ass., 13 décembre 1991, *Nkodia et Dakoury* (2 arrêts), conclusions R. Abraham, *RFDA*, 1992, p. 90-102 : le Conseil d'État a ici fait du droit d'asile un droit subjectif invocable directement mais en se fondant sur une nouvelle interprétation de la Convention de Genève, et non pas directement sur le préambule de la Constitution.

47. Et non des moindres puisque G. Vedel, G. Burdeau et M. Waline estimaient qu'il fallait distinguer dans le préambule de la Constitution de 1946 règles de droit positif d'un côté, règles de programme de l'autre, seules les premières pouvant être appliquées sans intervention législative ou réglementaire préalable, les autres n'ayant qu'une valeur morale (M. Waline, note sous CE, 7 juillet 1950, *Dehaene*, *RDP*, 1950, p. 691-702 (696)).

48. CE, ass., 8 décembre 1978, *GISTI et autres*, *Rec.* 493, conclusions Dondoux, *Droit social*, 1979, p. 57.

49. CE, ass., 7 juillet 1950, *Dehaene*, *Rec.* 426, conclusions Gazier, *RDP*, 1950, p. 691.

50. CE, 9 décembre 2003, *Aguillon et autres*, *R.* 497, *AJDA*, 2004, p. 1138.

Conseil constitutionnel, en se fondant sur la Convention internationale relative aux Droits de l'enfant⁵¹.

L'abandon de la théorie de l'écran législatif dans le domaine des conventions internationales est cependant compensé par d'autres restrictions à l'invocabilité des sources conventionnelles. Le raisonnement du juge n'est en effet pas le même que lorsque sont invoquées devant lui des dispositions de droit interne⁵². S'agissant de normes conventionnelles, le juge administratif exige qu'elles soient d'effet direct pour que le moyen invoqué soit opérant. Présumé, cet effet direct suppose la réunion de deux conditions : d'une part, que l'individu soit le destinataire direct de la norme créée, d'autre part, que la disposition en cause soit suffisamment précise, inconditionnelle, qu'elle se suffise à elle-même. En cas d'effet direct, la disposition est alors invocable dans tout contentieux sans restriction. Or dans la mesure où, comme on l'a vu, les conventions relatives aux droits économiques, sociaux et culturels sont généralement rédigées dans des termes plus vagues et moins contraignants que les traités relatifs aux droits civils et politiques, le juge interne est souvent conduit à estimer que leurs dispositions sont dépourvues d'effet direct soit parce que seuls les États en seraient destinataires, soit parce qu'elles ne seraient pas suffisamment précises. Ronny Abraham avait proposé, en 1997, d'admettre la justiciabilité normative des dispositions vagues⁵³, mais le Conseil d'État a jusqu'à présent toujours refusé cette solution qui aurait pourtant eu le mérite d'aligner sur ce point l'invocabilité des conventions internationales sur celle des dispositions de droit interne. La jurisprudence tant administrative que judiciaire manifeste cependant depuis quelques années une évolution relativement favorable à une plus grande justiciabilité des droits consacrés par les conventions internationales. Le cas de la Convention européenne des Droits de l'homme et celui de la Convention de New York sur les Droits de l'enfant en constituent une illustration parfaite, mais le juge reste très réticent à l'égard de la Charte sociale européenne et plus encore du PIDESC, même si l'on peut discerner quelques timides ouvertures s'agissant de la Charte sociale⁵⁴. Mais plus encore que ces conventions générales relatives aux droits sociaux, ce sont les conventions de l'OIT qui fournissent un point d'appui solide à la justiciabilité de ces droits⁵⁵, démentissant par là même la thèse de la dichotomie des droits.

Il en va apparemment de même des dispositions de droit communautaire dont on sait qu'elles sont invocables, y compris lorsqu'il s'agit de directives⁵⁶. Or le droit communautaire dérivé consacre de nombreuses dispositions

aux droits économiques et sociaux qui sont donc directement justiciables devant le juge interne. La rédaction de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne conduit cependant à douter du rapprochement durable de la justiciabilité des droits civils et de celle des droits sociaux dont la plupart ne sont que des principes invocables seulement dans le cadre d'une action contre les dispositions visant à les mettre en œuvre ; or si la Charte devient contraignante, elle pourra, comme le reste du droit communautaire, faire au moins partiellement écran entre l'acte contesté et la disposition constitutionnelle interne. Sur le fondement de la jurisprudence *Arcelor*⁵⁷, le juge administratif pourra en effet être tenté d'estimer que le droit communautaire offre une protection équivalente à celle du droit constitutionnel et refuser de confronter l'acte attaqué au droit consacré par la Constitution. La dichotomie des droits et des principes risque alors de contaminer le droit français et d'obérer l'alignement souhaité par beaucoup du régime juridique des droits sociaux et environnementaux sur celui des droits civils.

La question de l'indivisibilité des droits n'est donc pas résolue et l'on peut craindre une régression de la protection juridictionnelle des droits économiques, sociaux et culturels dans un contexte marqué par une mise en concurrence généralisée soutenue par un discours ultra libéral dominant. Les oppositions qui ont marqué la naissance de la Déclaration universelle des Droits de l'homme n'ont donc pas disparu même si elles ont partiellement changé de sens et de nature : derrière la contestation de l'indivisibilité des droits, ce ne sont plus les délégations anglo-américaines luttant contre les prétentions du totalitarisme soviétique, mais ce sont toujours les tenants d'un ultralibéralisme refusant un monde plus équitable. Les partisans de la thèse de la dichotomie des droits ont sans doute raison de souligner l'existence d'un conflit, mais contrairement à ce qu'ils prétendent, le conflit n'oppose pas les droits civils d'un côté, les droits sociaux de l'autre, il n'oppose pas non plus les libertés aux droits créances, ni même les droits de l'individu à ceux de l'humanité. Il oppose davantage entre eux des individus ayant des intérêts antagonistes sur le court terme et renvoie à une organisation sociale fondée sur ce conflit. La thèse de l'indivisibilité des droits n'a, quant à elle, aucune chance de se réaliser pleinement tant qu'il n'y aura pas de volonté politique ou de nécessité vitale suffisantes pour transcender ces oppositions d'intérêts et redéfinir des rapports sociaux fondés sur la solidarité entre individus, entre peuples et entre générations.

51. CE, 7 juin 2006, *association AIDES*.

52. Cette différence d'approche est également notée par H. Tigroudja, mais dans un sens très différent de ce qui va suivre (voir H. Tigroudja, « Le juge administratif français et l'effet direct des engagements internationaux », *RFDA*, 2003, p. 154-168).

53. R. Abraham, conclusions sur CE, 23 avril 1997, *GISTI*, *RFDA*, 1997, p. 585-595.

54. Voir par exemple CE, 25 juillet 2007, *Lowinski*, req. n° 292730.

55. L'invocabilité des conventions de l'OIT est admise tant par le juge administratif (par exemple, CE, 29 octobre 2005, *CGT*) que par le juge judiciaire, même si l'interprétation des dispositions conventionnelles n'aboutit pas toujours au même résultat selon le juge saisi.

56. Avec les réserves cependant de la jurisprudence *Cohn Bendit* (CE, ass., 22 décembre 1978, *Rec.* 524) même atténuée par la jurisprudence ultérieure.

57. CE, ass., 8 février 2007, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine*, conclusions Guyomar, *RFDA*, 2007, p. 384.

